IPT 時々刻々

弁護士法人内田・鮫島法律事務所 News letter

Vol.4 2013

Index

1.新規加入弁護士のご挨拶

晩秋の侯，皆様におかれましては，益々ご清栄のこととお慶び申し上げます。

さて，弊所では，山口建章弁護士（新 61 期）を新たに迎え入れることとなりました。山口弁護士は，1997 年に川崎重工業株式会社入社後，ダム，河川用鋼製水門設備の設計等に従事，一級土木施工管理技士の資格取得を経て，2008 年に弁護士登録を果たしました。機械的な設計図面を当業者の水準で読みこなせる同氏の能力は，関連技術分野のお客様の案件にて，他事務所にはない力を発揮するものと期待しております。

多角化する技術法務のニーズにお応えすべく，弊所一丸となり尽力して参りますので，何とぞ，倍旧のお引き立てを賜りますよう，宜しくお願い申し上げます。

弁護士法人内田・鮫島法律事務所

アソシエイト弁護士　山口建章

深秋の候，ますますご清栄のこととお喜び申し上げます。

さて，私こと，この度 10 月 1 日より，弁護士法人内田・鮫島法律事務所にて勤務することとなりました。

平成 19 年に弁護士登録をしてから，医療過誤事件，一般民事事件，家事事件，刑事事件など幅広い業務を手掛けて参りました。この間，弁護士になる前に従事していた設計の仕事の経験と，土木，機械系の知識を生かして，機械装置の不具合に関する技術訴訟等にも精力的に取り組んでまいりました。

今後も，依頼者様の期待にお応えするべく，最善を尽くす所存でございますので，何卒ご指導ご鞭撻のほど宜しくお願い申し上げます。

2. USLF知財塾開催のお知らせ

昨年に続き，内田・鮫島法律事務所にて，知財渉外業務の一層の強化を目的としたセミナー（USLF知財塾）を，今年度も開講しております。皆様のご参加を心よりお待ちしております。

http://www.uslf.jp/blog/2013/09/uslf58-622567.html

■セミナースケジュール

第 1 回	7/11	「ライセンス契約 1」　終了しました	鮫島正洋
第 2 回	9/4	「ライセンス契約 2」　終了しました	鮫島,栁下
第 3 回	10/7	「技術的範囲 1」　終了しました	栁下彰彦
第 4 回	11/14	「技術的範囲 2」　締め切りました	栁下彰彦
第 5 回	12/4	「侵害訴訟の最新裁判例紹介」	和田祐造
第 6 回	1/23	「進歩性」	髙見憲
第 7 回	2/20	「記載要件／補正・訂正」	髙見憲
第 8 回	3/19	「審決取消訴訟の最新裁判例紹介」	小栗久典

3. 判例解説①『みずほ証券vs東証の東京高裁判決と実務への影響』

東京高裁平成 25 年 7 月 24 日判決（金融商事判例 1422 号 20 頁）

1　はじめに

本稿では，みずほ証券と東証の間で生じたいわゆる「ジェイコム株誤発注事件」の控訴審判決を紹介するとともに，本件のようなシステム運用時の障害にかかる紛争への影響について検討する。本件は著名な事件なので，事案の紹介は概括的なものにとどめる。平成 17 年 12 月 8 日，みずほ証券が，東証マザーズ市場に上場したジェイコム株について，61 万円 1 株の売り注文を出そうとしたところ，誤って 1 円 61 万株の売り注文をしてしまい，その後，当該注文を取り消す注文を出したが，東証の情報システム（本件売買システム）の不具合により取消ができないまま誤注文が次々と成立し，みずほ証券が多額の損害を被ったとして，東証

に対して約 415 億円の損害賠償を請求したという事件である。東京高裁は，詳細な理由付けは異なるものの，原審（東京地裁平成 21 年 12 月 4 日判決（金融商事判例 1330 号 16 頁））の結論を維持し，みずほ証券の控訴を棄却した。

2 本稿で取り上げる論点

本件は，証券取引所で使われる売買システムという特殊な情報システムに関する事例であり，証券取引固有の事情もあったが，多数の事業者にサービスを提供するシステム提供者の義務の内容や，バグと免責規定との関係など，開発ベンダ，システム提供者，システムユーザの今後の実務に多くの示唆を与えている。紙幅の関係から，本稿では東証の取引参加者規程における免責規定中の「重過失」の意義と，本件で問題となったバグの評価（重過失といえるか）を取り上げる。

3 重過失の意義

みずほ証券による誤注文を取り消せなかった直接の原因が，本件売買システムに存在していたバグ（本件バグ）であったことにはほぼ争いがない。しかしながら，東証の提供する取引参加者規程には「**（略）当取引所に故意又は重過失が認められる場合を除き，これを賠償する責めに任じない**」という免責規定があったため，当該バグが発生したこと，あるいは発見・修正できなかったことが重過失と評価できるかどうかが争点となった（重過失と評価されれば，免責されない。）。重過失の意義について，本判決は，多くの裁判例で引用されている最高裁昭和 32 年 7 月 9 日判決（民集 11 巻 7 号 1203 頁）を引いて「ほとんど故意に近い著しい注意欠如の状態」であり，これを噛み砕いて「**注意義務違反は，結果の予見可能性及び回避可能性が前提になるところ，著しい注意義務違反（重過失）というためには，結果の予見が可能であり，かつ，容易であること，結果の回避が可能であり，かつ，容易であることが要件となるものと解される。**」としている。すなわち，情報システムのバグに即して言えば，わずかの注意を払えば容易にバグの作込みを回避でき，仮にバグが混入してしまったとしても，テストを行えば容易に発見，修正できたにもかかわらず，それをしなかった場合には重過失と評価されることになろう。さらには，「**現在においては本件バグの存在と本件不具合の発生条件が明らかになっているところ，その結果から本件バグの作込みの回避容易性等について議論する（いわゆる後知恵の）弊に陥ることがないように判断することが要請される。**」と，慎重な判断が必要だと述べている。「重過失」の意義はこれまで前記最高裁判例のように「ほとんど故意に近い」という修飾語を用いられることが多かったことから相当限定的になっており，通常のシステム開発，運用で生じるバグの中で「重過失」と評価されるケースはかなり限定されるであろう。

なお，本件バグを生じさせたのは開発ベンダである富士通であるが，東証が開発を委託したベンダであることから，「**富士通の故意・重過失は，被控訴人**（注：東証）**の故意・重過失と信義則上同視されるという意味において，富士通は，被控訴人の履行補助者ということができる。**」としている。したがって，特段の事情がない限り，開発ベンダに重過失があれば，システム提供者に重過失があると評価されることにも留意しなければならない。

4 本件バグの評価

開発ベンダに重過失があったかどうかを判断するためには，上記の規範に照らして本件バグの作込みの回避容易性あるいは本件バグの発見・修正容易性を検討することになる。本件では，みずほ証券，東証それぞれが多数の専門家意見書を提出した。しかも当然ながら，それぞれにとって有利な内容となっており，完全に意見が相反している状況となったため裁判所を悩ませたものと思われる。判決文にも次のような記述がみられる。

> **「この争点は，科学的・技術的争点であるが，当事者双方が提出する専門家意見書が相反するものであり，甲乙つけがたいものであるところ・・控訴人の主張に沿う専門家意見書は，本件売り注文を取り消す注文が処理されなかったことの機序及び原因が判明した後に，それを前提として作成されたものであるから，そのことを加味した証拠評価をすることになる。（略）そのような双方の専門家意見書の証拠評価を試みた結果，本件においては，一定の蓋然性ある事実として，本件バグの発見等が容易であることを認定することが困難であったということに尽きる。争点の性質上，司法判断としてはやむを得ないところである。また，本件不具合が複数の条件が重なることにより発生する性質のものであったことも被控訴人において，結果の予見が可能であり，かつ，容易であったとの認定を阻むものである。」**

上記で述べたように，重過失の要件は限定的であったことからすると，専門家の間で意見が分かれる問題について重過失を認定することは困難であったとみられ，重過失を否定した。

5 本件の結論およびまとめ

上述のように取消注文ができなくなるという本件バグの発生や本件バグを検出できなかったこと自体は東証の重過失と評価されなかった。しかし，本件では，障害の通知を受けて速やかに売買停止措置をとらなかった点が不法行為を構成するとし，これが免責規定の適用対象外である重過失であると評価されて（契約

で定めた免責規定が不法行為にも適用されることが前提になっている。)，取消注文を行ってから5分39秒経過した後に成立した売買についての損害を約150億円と認定した。もっとも，システムから出されていた警告を無視して誤発注をしたみずほ証券担当者の落ち度等により，過失相殺を適用し，3割を減じて，弁護士費用を含む約107億円の賠償を命じた。

本判決は，システムを提供するサービスにおいて，そのシステムに障害が発生した場合における障害の法的評価，免責規定の解釈・範囲，損害の額など，実務上参考になる示唆が多く含まれている判例といえる。

（文責） 弁護士 伊藤雅浩

4. 判例解説②『幇助による共同不法行為について』

東京地裁平成25年9月12日判決(平成23年(ワ)第8085号，第22692号 各損害賠償等請求事件)(民事第47部，高野輝久裁判長)

1 本判決のポイント

裁判所が，特許権侵害行為(被告製品の販売)の幇助を行った者につき先行技術調査等を行わなかったことをもって過失を認定し，共同不法行為(民法719条2項)による損害賠償責任を負う旨判示した点。

2 事案の概要

洗濯機等に関する6つの特許権を共有する原告X1，X2が，(a)被告Y1，Y2，Y3による洗濯機の製造，譲渡又は譲渡等の申出がその特許権を侵害するとして，不法行為による損害賠償請求又は不当利得による利得金返還請求を行い，また(b)被告Y1，Y3，Y4による洗濯機の製造，譲渡又は譲渡等の申出がその特許権を侵害するとして，不法行為による損害賠償請求又は不当利得による利得金返還請求を行った事案である。

Y2，Y3，Y4はY1の完全子会社であり，(a)，(b)の事案ともY3が対象の洗濯機(416機種6カテゴリー。以下，各カテゴリーのものを「被告製品 1」乃至「被告製品 6」といい，総称して「被告製品」という。)の製造をし，Y2，Y4が業として被告製品の販売を行っている。Y1は，Y3と被告製品を開発し，被告製品を発売する旨のプレスリリースやテレビコマーシャルを行い，技報を出した他，被告製品のカタログの裏表紙にY1の名称の表示がなされ，被告製品にY1の商号が表示されている。

3 争点

本件の争点は，①被告製品の構成，②被告製品が本件発明1乃至6の技術的範囲に属するか，③本件発明1，2，5の有効性，④Y1の責任，⑤損害又は利得の額であるが，以下では，④Y1の責任についてのみ扱う。

当該争点に関し，上記第2の事実を踏まえた原告らの主張は次のとおりである。(a) Y1は被告製品を譲渡し，又は譲渡等の申出をした。(b)譲渡や譲渡等の申出をしたと認められないとしても，Y1は，Y2，Y3，Y4と共に洗濯機の製造販売に係る事業を行い，Y2乃至Y4の被告製品の製造又は販売を促進した。Y1は，被告製品の製造又は販売が本件各特許権を侵害することを認識していたか，仮に認識していなかったとしても，Y2乃至Y4の共同行為者といえるから(民法719条)，原告らの本件各特許権を侵害した者として，本件各特許権の侵害について過失がある(特許法103条)。

これに対する被告らの主張は次のとおりである。(i) カタログの裏表紙にY1の名称が表示されているのは，Y1がY3と所定の契約関係[1]にあり，名称の表示が「家庭電気製品製造業における表示に関する公正競争規約」により求められているからであり，被告製品にY1の商号が表示されているのは，家庭用品品質表示法が定める表示業者[2]として表示したものにすぎない。譲渡や譲渡等の申出は，所有者だけがすることができるところ，Y1は，被告製品を所有したことがなく，被告製品について，譲渡も，譲渡等の申出もしたことはない。(ⅱ)Y1は，被告製品を開発したり，プレスリリース等を出したり前記各表示をしたりすることにより，Y2及びY3の被告製品の販売を促進したが，被告製品が本件各発明の技術的範囲に属することに向けた寄与はなく，一般的なものにとどまるから，Y2乃至Y4の共同行為者といえない。Y1は，被告製品の製造又は販売が本件各特許権を侵害することを認識せず，かつ，これについて過失もない。

4 争点についての裁判所の判断

裁判所は，被告製品1が本件発明1の技術的範囲に属するが本件発明1には無効理由があり，本件特許権1は行使できない，被告製品4は本件発明4の技術的範囲に均等論により属する，被告製品5は本件発明5の技術的範囲に属する，被告製品2，3は本件発明の技術的範囲には属さない，とした上で，次のように判断し，Y1は，Y2の被告製品4及び5の販売(上記2の(a))に関し，Y2,Y3と連帯して，Y4の被告製品4及び5の販売(上記2の(b))に関し，Y3,Y4と連帯してそれぞれ損害賠償責任を負うとした。

Y1が被告製品4及び5を譲渡し，又は譲渡等の申出をしたことを認めるに足りる証拠はない。ところで，Y1を除く被告らは，Y3が製造して，Y2及びY4に販売し，同被告両名が転売するという関係に

---

[1] 家庭電気製品製造業における表示に関する公正競争規約施行規則3条2号

[2] 家庭用品品質表示法3条1項2号

あったから，Y2 が販売した被告製品 4 及び 5 に係る Y3 と Y2 の各譲渡，Y4 が販売した被告製品 4 及び 5 に係る Y3 と Y4 の各譲渡は，それぞれ客観的に関連したものということができる。そして，証拠及び弁論の全趣旨によれば，Y2，Y4 及び Y3 は，Y1 の完全子会社であるところ，Y1 は，Y2，Y4 及び Y3 と共に洗濯機の製造販売に係る事業を行い，Y3 と共に被告製品 4 及び 5 を開発したり，被告製品 4 及び 5 を発売する旨のプレスリリースや新聞広告を出したり，被告製品 4 及び 5 のカタログや取扱説明書の最終頁に自らの名称を表示したり，製造物責任を負担する趣旨で被告製品 4 及び 5 に自らの商号を表示したりしたことが認められる。これらの事実によれば，Y1 は，被告製品 4 及び 5 に係る Y3，Y2 及び Y4 のそれぞれの譲渡を帮助したものということができる。そして，Y1 は，Y3 と共に，被告製品 4 及び 5 を開発したのであるから，先行技術を調査するなどして上記各譲渡を帮助すべきでなかったのに，漫然と帮助した過失も認められる。

したがって，被告らは，民法 719 条の共同不法行為として，連帯して損害賠償責任を負う。

5 考察

(1) Y1 の行為について

特許権侵害は，特許権者の承諾を受けていない第三者が特許発明を実施した場合に成立する。したがって，特許法 2 条 3 項に規定されている行為を行っていない者が，特許権侵害による損害賠償責任を負うことはない（間接侵害に該当する場合は除く。）。例外は，民法 719 条に基づく共同不法行為責任を負う場合である。本件は，Y1 が実施に該当する行為を行っていなかったことから，Y1 が同条に基づく共同不法行為責任を負うかが問題となったものである。

民法 719 条は，1 項において「数人が共同の不法行為によって他人に損害を加えたときは，各自が連帯してその損害を賠償する責任を負う。共同行為者のうちいずれの者がその損害を加えたかを知ることができないときも，同様とする。」と規定し，2 項において「行為者を教唆した者及び帮助した者は，共同行為者とみなして，前項の規定を適用する。」と規定する。同条の解釈については様々な説が錯綜しており，統一的支配的な見解は形成されていないが，1 項前段に関しては，少なくとも共同行為者とされる各自の行為は，客観的に関連し，共同しあって損害を生じさせていること（客観的関連共同性）が必要と解される。2 項における帮助とは，不法行為の補助的行為，直接の違法行為の実行を補助し，容易ならしめる行為をいい，例としては，見張り，牙保，助言，奨励，凶器の供与，助力などが挙げられる[3]。帮助をした者は，その行為が直接の違法行為者の行為（不法行為）と直ちに客観的関連共同性を有するものでなくても直接の違法行為者と連帯で責任を負うことになる。

ある行為が，客観的関連共同性を有して民法 719 条 1 項前段の行為に該当するか否か，同条 2 項の帮助に該当するか否かは，行為の行われた状況，行為の態様，行為者間の認識の度合い等を考慮して具体的事案に即して判断することになる[4]。本件においては，Y3,Y2 の譲渡行為，Y3,Y4 の譲渡行為がそれぞれ 1 項前段に該当し，Y1 の行為は， Y1 と，Y2〜Y4 の親子関係，Y1 の被告製品の開発への関与，被告製品の販売活動への関与等を総合的に考慮して，Y3 の譲渡行為，Y2，Y4 の譲渡行為それぞれに対する帮助と認定されている。Y1 の行為は，Y2 乃至 Y4 の被告製品の各譲渡行為を積極的に助けるものといえるから，帮助行為と認定した裁判所の判断は妥当と思われる。

(2) Y1 の過失について

民法 719 条も民法上の不法行為責任に関するものであるため，各行為者の故意，または過失の存在が要件となる。したがって，同条 2 項により帮助者に責任が生ずるためには，帮助者の故意又は過失が要求される[5]。民法上，過失とは，予見可能な結果に対する回避義務に違反することであり，当該行為がなされたのと同じ具体的状況におかれた場合に通常人がなすであろうと考えられる行為を基準として結果回避義務の存否が決定される。そして，不作為について過失が認められるには，作為義務の存在が不可欠となるところ，作為義務の根拠としては，法令の規定，契約，条理が一般に挙げられる[6]。

特許法には他人の特許権を侵害した者の侵害行為に関し過失を推定する規定（特許法 103 条）があるため，通常の特許権侵害の事案では，故意，過失の有無が争点になることはない。しかしながら，帮助のように，実施行為そのものを直接共同して行っているとはいえず，実施行為を補助し，容易ならしめる様々な行為を広く対象に含む場合にまで，一律に同推定規定の適用を認めることは帮助行為を行う者に対し過大な責任を負わせることになりかねず妥当ではない[7]。本件でも，原告は，民法 719 条が適用され「共同行為者」となる Y1 は，実施行為を共同して行っていると評価されるとして，特許法 103 条の推定規定の適用を主張しているが，裁判所はこれを認めておらず，妥当な判断と思われる。

しかしながら，裁判所は，Y1 が Y3 と共に，被告製品を開発する

---

[3] 加藤一郎編『注釈民法(19)』（有斐閣，昭和 40 年）327 頁〔徳本鎮〕

[4] 竹田稔『知的財産権訴訟要論（特許・意匠・商標編）』（発明推進協会，平成 24 年）338 頁

[5] 前掲注 3・328 頁

[6] 『最高裁判所判例解説民事編平成 13 年（上）』（法曹会，平成 13 年）188 頁〜189 頁〔髙部眞規子〕

[7] 民法 719 条 1 項前段の場合で，実施行為を分担共同して行っているといえるときは，推定規定の適用が認められると考えられる。

にあたり，先行技術を調査するなどして侵害品となるような製品の開発を避ける努力をするべきであったのにこれをしなかったとして，結論として Y1 の過失を認定している。判決文からは，原告，被告がどのような主張立証を行ったのか，また，Y1 と Y3 が被告製品の開発にあたり，具体的にどのような役割を分担したのか分かりかねるところがあるが，Y1 が日本有数の電機メーカーであり，製品開発に際して先行技術調査を全く行わないことは通常考え難いことからすれば，判決は，先行技術調査について相当程度高度な作為義務があることを当然の前提にして過失を認定したようにも読める。

製品の開発が，当該製品が特許発明の技術的範囲に属することになるか否かを実質的に決定する行為であること，洗濯機のような技術分野は競業他社が多数の特許を有しており，他者の特許権を侵害する蓋然性があることを Y1，Y3 が予見できたこと，先行技術調査により，特許権侵害を回避することが可能であったと思われること等からすれば，最二小判平成 13 年 3 月 2 日〔パブハウスG7 事件〕[8]に照らしても，製品開発に関与する Y1 に対して条理に基づき，一定の先行技術調査義務の存在を認定することが可能な場合が多いと考えられるため，先行技術調査義務違反による過失の認定という手法自体は妥当といえる。しかしながら，調査義務の程度については，義務の程度によっては，特許法 103 条の推定規定が適用された場合と実質的に異ならない結果を招きかねないため，もう少し丁寧な事実認定を踏まえて判断を示すことが必要だったのではないかと思われる[9]。

（文責） 弁護士・弁理士・ニューヨーク州弁護士　小栗久典

5. 最近の出来事

LEI

10 月 10 日，LawExchange International（LEI：日本，アジア，オセアニア，アメリカ，ヨーロッパの中規模クラスの法律事務所（各国１事務所が原則）間の連携を図る組織）の会合に出席して参りました。

（最前列右から 3 人目が伊藤弁護士、2 人目が小栗弁護士）

[8] 民集 55 巻 2 号 185 頁。カラオケ装置の著作権侵害を発生させる危険性，被害法益（著作権侵害）の重大性，著作権侵害発生の予見可能性，結果回避可能性を踏まえて，著作権者の許諾があることを確認しないでカラオケ装置をリースしたリース業者について幇助による共同不法行為を認め，著作権侵害に関する損害賠償責任を認めた。

[9] 例えば，Y3 に十分な先行技術調査能力があり，Y1，Y3 の役割分担として，Y3 が先行技術調査を行うことになっていたというような場合にまで，Y1 に調査義務違反を問えるかについては疑問もある。

活動

【鮫島正洋弁護士】みずほ情報総研主催，「みずほビジネスイノベーションフォーラム」にて鮫島正洋弁護士が講師・パネルディスカッションのモデレーターとして参加させて頂きます。(11/14)

【伊藤雅浩弁護士】株式会社セミナーインフォ主催のセミナーに伊藤雅浩弁護士が講師として参加致します。(11/13)

【鮫島正洋弁護士】大阪工業大学主催，「中小企業の技術とJAXAの宇宙開発」の公開シンポジウムにて鮫島正洋弁護士が講師として参加させて頂きました。(10/27)

【小栗久典弁護士】「竹田稔先生傘寿記念　知財立国の発展へ」(発行元：一般社団法人発明推進協会)に小栗久典弁護士が執筆致しました。(9/26 発行)

【柳下彰彦弁護士】株式会社ジャフコ・トーマツベンチャーサポート株式会社主催　産学連携人材養成講座に柳下彰彦弁護士が講師・パネリストとして参加させて頂きました。(9/25, 10/8)

【柳下彰彦弁護士】桐蔭法科大学院　後期授業　知的財産法の講師をします(9/24～2014/1/30)

【内田・鮫島法律事務所】中小企業庁・関東経済産業局　経営革新等支援機関の認定を受けました。(9/20)

【柳下彰彦弁護士】日本弁理士クラブの『特定侵害訴訟代理業務試験研修』に講師として参加致しました。(9/18, 10/9)

【小栗久典弁護士】「Patent　パテント(Vol.66　2013 年 9 月号)誌」(発行元：日本弁理士会)に小栗久典弁護士の論文が掲載されました。(共著)

【伊藤雅浩弁護士】ビジネス法務(中央経済社)2013 年 10 月号に伊藤雅浩弁護士が執筆致しました。(8/21 発行)

【高瀬亜富弁護士】「不正競争防止の法実務(改訂版)」(発行元：三協法規出版)に高瀬亜富弁護士が執筆致しました(共著)。(8/20 発行)

【溝田宗司弁護士】THE INDEPENDENTS(株式会社インディペンデンツ)2013 年 9 月号及び 10 月号に溝田弁護士の連載コラムが掲載されました。

【伊藤雅浩弁護士】ビッグデータマガジン(株式会社チェンジ)に伊藤弁護士のインタビュー記事が掲載されました。(8/2)

【溝田宗司弁護士】THE INDEPENDENTS(株式会社インディペンデンツ)2013 年 8 月号に溝田弁護士の連載コラムが掲載されました。

「技術法務で、日本の競争力に貢献する」

――――――――――――― それが我々の存在意義です。

内田・鮫島法律事務所(USLF)は，知財法務を含む技術系企業ための企業法務の専門家グループです。 IT，エレクトロニクス，材料工学などのテクノロジーに関する専門知識だけでなく，知財実務・IT 実務・ファイナンス法務など多岐にわたる法務経験を兼ね備えた弁護士が，「技術」の本質的理解を基に法律論にとどまらないビジネス的な見地からのアドバイスをいたします。知財系，IT 系の法律問題は，私たちにお任せください。

〒105-0003　東京都港区西新橋 1-20-3 虎ノ門法曹ビル 701

03-5511-6211(代表)　03-5511-6220(FAX)　http://www.uslf.jp/